Die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Oskar Woite
Referendar
am Amtsgericht Breslau

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Herm. Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau i. Schles.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Schott

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 11. Aufl., Berlin 1923.
Arndts: Lehrbuch der Pandekten. Stuttgart 1883.
Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht. Erlangen 1884.
Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. 1. Berlin 1908.
— Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht, in Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. 91, S. 73 ff.
Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Erlangen 1847—1871, 1879, 1892.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. Jena 1921.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen 1900—1902.
Czyhlarz: Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag 1871.
Daniel: Rechtslage während des Schwebens der auflösenden Bedingung. Heidelberg 1919.
Dernburg: Pandekten, Berlin 1902.
— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Halle 1906.
Düringer-Hachenberg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. Mannheim 1913.
Emerich: Kauf und Werklieferungsvertrag, Jena 1899.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Bd. 1, 1888.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 18./22. Aufl. Marburg 1923.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Fitting: Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 2, S. 203.
Fischer-Henle: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12. Aufl. München 1923.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Berlin 1903.
Hartzem: Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung, Leipzig 1903.
Heilfron: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 1909.

Hoffmann: Ueber das periculum beim Kaufe, Wien 1870.
Holtz: Der Schwebezustand bei bedingten Rechtsgeschäften, Rostock 1904.
Ihering: Geist des römischen Rechts, 5. Aufl. Leipzig 1906.
v. Keller: Pandekten, Leipzig 1861.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Möglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900.
— Das Recht der Schuldverhältnisse, in Grünhuts Zeitschrift für d. private u. öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 28, S. 257 ff.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena 1900.
Kluckhohn: Der Uebergang der Gefahr beim bedingten Kauf und beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Iher.-Jahrb. f. d. Dogm. d. bürg. Rechts, Bd. 64, S. 114 ff.
Köhler: Die Resolutivbedingung in Archiv f. bürg. Recht, Bd. 15, S. 1 ff.
Krückmann: Pflichterfüllung und Rechtsausübung, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 65, S. 209 ff.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Tübingen 1907.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1898/99.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Berlin 1903.
Manigk: Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte 1901.
Meyer: Die Gefahrtragung beim bedingten Kauf, Göttingen 1912.
Martinius: Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf, in Kohlers Archiv bürg. Recht, Bd. 17, S. 50 ff.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Berlin 1899.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 u. 2.
Muskat: Zur Lehre vom Kauf auf Probe in Gruchots Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rechts, Bd. 48, S. 205.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1 und 2, 3/4. Aufl. Berlin 1910.
Oertmann: Die Rechtsbedingung, Leipzig 1924.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz, 4. Aufl. Berlin 1923.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 1 und 2.

Punschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts, Innsbruck, 1885.
Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1803.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 3. Aufl. Berlin 1921.
v. Savigny: System des heutigen römischen Privatrechts, Berlin 1840—1849.
v. Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871.
Schollmeyer: Kommentar zu dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, München 1900.
Schott: Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im Bürgerlichen Recht in der Festausgabe für Felix Dahn, 1905, S. 305 ff.
Schulze: Zwei Fragen zur Auslegung der §§ 987 ff. BGB. in Gruch. Beitr. z. Erl. d. deutsch. Rechts, Bd. 64, S. 400.
Sinsheimer: Die Gefahrtragung bezüglich der sofort übergebenen bedingt verkauften Sache in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1915, S. 262 ff.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Leipzig 1861.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl. Berlin 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 7/8. Aufl. 19. Aufl. München 1912 und 1925.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1921.
Stern: Die Gefahrtragung, Marburg 1910.
Strohal: Grenzen der Urteilskraft, bei betagter und bedingter Berechtigung, in drei Beiträgen zum Bürgerlichen Recht 1905, S. 165 ff., Sonderabdruck.
Thibaut: Zivilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814.
Thibaut: System des Pandektenrechts, Jena 1828.
Thöl: Das Handelsrecht, Leipzig 1873.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1918.
Unger: System des österreichischen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1868.
v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1 und 3, Marburg und Leipzig 1869.
Wächter: Pandekten, Leipzig 1880.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1921 .
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage Frankfurt 1906.
Wendt: Die Reuverträge, Erlangen 1875.
Wollstadt: Die auflösende Bedingung, Heidelberg 1908.
Zitelmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1900.

A. Die Gefahrtragung beim unbedingten Kauf.

I. Begriff und Wesen der Gefahrtragung im allgemeinen.

Unter Gefahr im juristischen Sinne, wie dieser Begriff für die vorliegende Abhandlung allein in Frage kommt, versteht man die Möglichkeit des Eintritts von Zufällen, durch die irgendwelche Vermögenswerte beschädigt werden können. Zufällig sind aber immer Ereignisse, die von niemandem zu vertreten sind. Gefahr tragen heißt demnach zunächst, mit der Möglichkeit ihres Eintritts rechnen müssen. Tritt diese Möglichkeit ein, so erleidet der, dessen Vermögen von dem schädigenden Ereignis betroffen wird, einen Schaden. Vom Standpunkt des eingetretenen Zufalls aus gesehen, versteht man unter Gefahr dann den Nachteil, für den dem Geschädigten kein anderer haftet, den er also durch bloßen Zufall erlitten und somit selbst zu tragen hat.

Solange nun ein Gegenstand nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, liegt es in der Natur der Dinge, daß diese den Schaden, der durch zufällige Verschlechterung oder zufälligen Untergang entsteht, selbst zu tragen hat. Hier wird sich die Frage, wem der entstandene zufällige Schaden zuzurechnen ist, gar nicht aufwerfen. Es gilt der selbstverständliche Satz: casum sentit dominus. Nicht anders ist es, wenn mehreren Personen dingliche Rechte an e i n e r Sache zustehen. Dann haben sie gleichfalls das periculum rei gemeinsam zu tragen.

Tritt die vom Zufall betroffene Sache dagegen zu mehreren Personen in rechtliche Beziehungen, die sich als Forderungsberechtigte und Leistungsverpflichtete gegenüber stehen, dann wird es sich gar nicht mehr um den Verlust der Sache als solcher handeln, sondern nur noch darum, welche Einwirkung das zufällige schädigende Ereignis auf den Bestand des Schuldverhältnisses bezw. auf die Rechte und die Pflichten der beteiligten Personen, des Gläubigers und des Schuldners, hat, wer dadurch, daß dem Schuldner die Erfüllung zufällig unmöglich wird, einen Schaden erleidet und wie sich dieser auf sein Vermögen äußert. Das ist die Gefahrtragung im eigentlichen Sinne.

II. Gefahrübergang beim Kauf.

Beim Kauf als gegenseitigem Vertrage wird es sich lediglich um die Einwirkung zufälliger schädigender Ereignisse auf die Leistungs=

möglichkeit des Verkäufers und Käufers handeln. Beim Kauf bedeutet also das periculum obligationis: Verliert der Verkäufer infolge bloß zufälliger, den Kaufgegenstand treffender Ereignisse seinen Anspruch gegen den Käufer auf den Kaufpreis, so daß er auch das etwa schon empfangene Kaufgeld zurückgeben muß, so hat er im Sinne des Gesetzes die Gefahr zu tragen; muß dagegen der Käufer trotz Unterganges oder Verschlechterung der Sache die volle Gegenleistung gewähren, so bedeutet das, daß die Gefahr ihm zur Last fällt.[1]

Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache sind nun, wenn auch nicht gleichbedeutend, so doch jedenfalls Fälle von gänzlicher oder teilweiser Unmöglichkeit.[2]

Für die Unmöglichkeit bestimmt bei einseitigen Verträgen der § 275 BGB. „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird".

Der Gläubiger verliert also hierbei seinen Anspruch, mit anderen Worten: Er trägt die Gefahr.

Beim gegenseitigen Vertrage, zu dem ja auch der Kauf zu rechnen ist, bestimmt der § 323 über die Gefahrverteilung:

> „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung".

Der Schuldner braucht zwar die unmöglich gewordene Leistung nicht mehr zu bewirken, da er ja nach § 275 BGB. von seiner Verpflichtung befreit ist, erhält aber auch nicht die Gegenleistung, vielmehr bewirkt sein Unvermögen zur Leistung die Befreiung des Gläubigers. Der Schuldner trägt die Gefahr.

Da ein Unmöglichwerden der Leistung nach Erfüllung nicht mehr geschehen kann, so ergibt sich aus § 323 gleichzeitig als Zeitpunkt des Gefahrüberganges (von wann ab der Schuldner die Gefahr nicht mehr zu tragen braucht) der der Erfüllung der Leistung.

§ 323 gilt zwar für alle gegenseitigen Verträge, müßte mithin auch beim Kauf zur Anwendung kommen. Dies würde bedeuten, daß der Verkäufer bis zur vollständigen Erfüllung seiner sich aus den §§ 433, 434 BGB. ergebenden Verkäuferpflichten die Gefahr zu tragen hätte. Das Gesetz läßt aber zugunsten des Verkäu-

1) RGRKomm. § 446, 1.
2) Planck, § 446, Anm. 2 a; Endemann, § 158 a Anm. 21; Dernburg, Bd. 2, § 174.

fers die Gefahr bereits in einem früheren Zeitpunkte übergehen, nämlich in dem der Uebergabe.

§ 446 BGB. lautet:

„Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Uebergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und er trägt die Lasten der Sache.

Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Uebergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein".

In welchem Sinne nun Uebergabe gemeint ist, ob in rein possessorischem oder in eigentumsübertragendem Sinne, darüber gehen die Meinungen in der Wissenschaft auseinander.

Die Verfechter der ersten Ansicht[3] stützen sich in der Hauptsache auf einen Vergleich des § 446 Abs. 1 mit § 446 Abs. 2. Wenn Uebergabe im Abs. 2 nur possessorisch als bloße Besitzübertragung gedeutet werden könne, dann wäre es doch kaum denkbar, daß sie im Abs. 1 einen anderen als bloß possessorischen Sinn, nämlich eigentumsübertragenden Sinn, haben könnte. Innerhalb ein und desselben Paragraphen dürfte doch schwerlich einem gleichen Worte zwei sehr verschiedene Bedeutungen beigelegt werden.[4] Es wäre doch auch unbegreiflich, warum das Gesetz den Gefahrübergang nicht einfach an den Eigentumsübergang geknüpft hätte, wenn die Uebergabe nur um ihres eigentumsübertragenden Effektes willen für den Gefahrübergang maßgebend sein sollte.[5] Vielmehr ist unter Uebergabe nur die rein tatsächliche Uebergabe, die Verschaffung der unmittelbaren Gewalt zu verstehen, denn der § 446 Abs. 1 ist auf Kaufverträge von dem im § 433 bestimmten Normalinhalt berechnet, also auf solche, bei welchen der Verkäufer zur Uebergabe der Sache verpflichtet ist und auch die Uebergabe bewirkt.[6]

Oertmann dagegen, und mit ihm andere, vertreten die Ansicht, daß § 446 BGB. den Gefahrübergang nicht an die bloße Besitzüberlassung geknüpft wissen wolle, sondern nur an die eigentumsübertragende Besitzüberlassung. Denn § 440 Abs. 1 und Abs. 2 a. E. ließen auch nach erfolgter Uebergabe noch § 323 BGB. zur Anwendung kommen, wonach der Käufer, sogar nach erfolgtem Untergang der Sache, Schadenersatzansprüche geltend machen könne, wenn ihm die Uebergabe wegen eines Rechts- oder sonstigen Mangels Ei-

3) Planck, § 4, 46, 2 b.
4) Endemann, I, 591, Anm. 36.
5) Emerich, S. 44.
6) Planck, § 446, 2 b.

gentum nicht verschafft habe. Die Uebergabe bürde somit dem Käufer die Gefahr noch nicht auf, wo sie ihm Eigentum noch nicht verschaffen könne. Man dürfe daher folgerichtig nicht anders entscheiden, wo sie es nicht verschaffen solle.[7]

Nach der ratio legis wird man jedoch der Auffassung den Vorzug geben müssen, die die Uebergabe als bloße Besitzübertragung behandelt sehen will.[8] Denn der Verkäufer soll die Gefahr nur solange zu tragen haben, bis er wenigstens in der Hauptsache seinen Verkäuferpflichten genügt hat,[9] und damit dem Käufer die Möglichkeit der Ueberwachung gegeben ist, wenn er die Sache erst mal in seiner Obhut hat.[10]

Praktisch wichtig wird die Entscheidung nach der einen oder anderen Seite hin bei der Frage der sogen. Ersatzübergaben der §§ 929 ff. BGB. Es soll hier jedoch darauf nicht weiter eingegangen werden, da es über den Rahmen der Arbeit hinausgehen würde.

Soviel sei nur gesagt, daß Oertmann und die Schriftsteller ähnlicher Ansicht bei den Ersatzübergaben den Gefahrübergang für möglich, dagegen Planck und seine Anhänger ihn für unmöglich erachten. Einen mittleren Standpunkt nimmt wohl der Staudinger'sche Kommentar und der Kommentar der Reichsgerichtsräte ein.

Wenn nun auch über den Begriff der Uebergabe in der Wissenschaft Streit herrscht, so herrscht jedenfalls darüber Einigkeit, daß der Gefahrübergang nur eintritt bei einer Uebergabe, die auf Grund des Kaufes erfolgt. Nicht genügt eine Uebergabe zur Nutzung auf Grund eines mit einem befristeten Kaufe verbundenen Nebenvertrages.[11]

Während § 446 Abs. 1 den Gefahrübergang nur für bewegliche Sachen regelt, bestimmt ihn Abs. 2 auch für unbewegliche Sachen. Hier trägt der Käufer schon vor der Uebergabe die Gefahr, wenn er nur als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen ist. Auch bei den beweglichen Sachen geht die Gefahr in einem Falle schon vor der Uebergabe auf den Käufer über, dann nämlich, wenn der Verkäufer die gekaufte Sache auf Verlangen des Käufers nach einem andern Orte als dem Erfüllungsort zu senden hat und er diese bereits an den Spediteur oder die sonst zur Ausführung der Versendung bestimmte Person oder Anstalt ausgeliefert hat (§ 447 BGB.)

7) Oertmann, § 446, 1 a; gegen ihn nimmt in ausführlicher Weise Meyer a. a. O. S. 13 ff. Stellung.
8) RG. 85, S. 322.
9) Mot. II. S. 205.
10) Staudinger, § 446 Anm. I, 1.
11) Eccius bei Gruch. 41 S. 883; RG. 85, S. 322.

Ferner ist noch der Gefahrübergang beim Erbschaftskauf als schon mit Kaufabschluß stattfindend zu erwähnen (§ 2380 BGB.) Diese Regelung beruht auf der wirtschaftlichen Natur des Erbschaftskaufes als reinem Spekulationskauf. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß bei Annahmeverzug des Käufers die Gefahr schon vor der Uebergabe der Sache auf diesen übergeht (§ 324 Abs. 2 BGB.).

Das Gleiche, was bis jetzt nur für den Kauf einer bestimmten Sache behauptet wurde, gilt natürlich auch für den Gattungskauf (§ 300 Abs. 2 in Verbindung mit § 324 Abs. 2 BGB).

Nachdem so die Gefahrtragung beim unbedingten Kauf einer Untersuchung gewürdigt worden ist, erhebt sich die weitere Frage: Wie steht es mit dem Gefahrübergang beim bedingten Kauf? Doch beschränken wir uns in den jetzt folgenden Ausführungen auf den auflösend bedingten Kauf.

Das Gesetz hat es vermieden, dieser von jeher strittigen Frage eine endgültige Lösung zu geben, vielmehr bemerken die Motive[12] ausdrücklich, daß die Entscheidung dieser Frage „an der Hand der einschlagenden Vorschriften der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben solle".

An einschlägigen Vorschriften kommen hier in Betracht einmal die Vorschriften über den Gefahrübergang beim unbedingten Kauf, (§ 446, § 447 BGB.), andererseits die Vorschriften über die Wirkung der Bedingung (§§ 158, 159 BGB.), insbesondere die der auflösenden.

Da jedoch die Lehre von der auflösenden Bedingung nicht allein nach der in Betracht kommenden Gesetzesstelle des BGB. erschöpfend gewürdigt werden kann, sie vielmehr als Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Betrachtung nur historisch wirklich richtig erkannt und verstanden werden kann, so muß auch unbedingt auf die auflösende Bedingung und die damit verbundene Frage der Gefahrtragung im älteren Rechte eingegangen werden.

---

12) Mot. Bd. 2, S. 324.

B. Die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf im früheren Recht.

I. Das Wesen der auflösenden Bedingung im gemeinen Recht und ihre Wirkung auf die Frage der Gefahrtragung.

Die Lehre von der auflösenden Bedingung und von der Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf ist in den Quellen sehr dürftig, eigentlich nur bei den drei Zusätzen zum Kaufvertrage, bei der in diem addictio, der lex commissoria und dem pactum displicentiae behandelt worden. Diese letztgenannten Fälle haben aber die Besonderheit, daß zu dem als Resolutivbedingung gesetzten Umstande der Wille einer der Parteien hinzutreten muß, um die beabsichtigte Wirkung der Auflösung des Geschäfts herbeizuführen. Für die Gefahrtragungsfrage werden daher dieser Eigentümlichkeit wegen weniger rechtliche, als vielmehr tatsächliche Momente eine Rolle spielen, so daß eine Verallgemeinerung der hier gewonnenen Ergebnisse für die Gefahrtragung auf die normalen auflösend bedingten Rechtsgeschäfte nicht angängig erscheint.

Ueber das Wesen der auflösenden Bedingung herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur lebhafter Streit.

Wendt betrachtet die in den Quellen angeführten Fälle der in diem addictio, der lex commissoria und des pactum displicentiae als einfache Rücktrittsrechte oder Reurechte, die mit der reinen wahren Bedingung keinen Zusammenhang und keine Verwandschaft besäßen.[13] Die reine wahre Bedingung bilde einen Bestandteil der Hauptwillenserklärung, so daß diese letztere ohne diesen Bestandteil gar nicht gedacht werden könne. Die auflösende Bedingung gebe dem Recht genau so wie die aufschiebende Bedingung einen bestimmten qualifizierten Inhalt, indem sie die rechtliche Wirkung, die die Willenserklärung an sich schaffe, dahin abschwäche, daß die Wirkung beim Eintritt der auflösenden Bedingung von selbst wegfalle. Es seien also nicht zwei Geschäfte vorhanden, sondern nur ein einziges, dessen Existenz jedoch in Frage stehe.[14] Nach Eintritt der Bedingung muß die Rechtslage so angesehen werden, wie wenn ein Kauf überhaupt nicht abgeschlossen gewesen wäre. Diese rückwirkende Kraft

13) Wendt, a. a. O. II S. 42.
14) Unger, II § 82 N. 30 a.

der auflösenden Bedingung vernichtet also bei ihrem Eintritt die Wirkung des bis dahin perfekten Kaufvertrages.

Für die Frage der Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache ergibt sich nun folgendes: Wenn auch wegen der Perfektion des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer sofort übergegangen sei, (periculum est emptoris), so muß doch der Zustand wiederhergestellt werden, der bestehen würde, wenn der Kauf nie geschlossen worden wäre. Das heißt: Der Käufer erhält den Kaufpreis zurück, während der Verkäufer die Sache zurückgewähren muß, aber natürlich nur so weit, als er dazu imstande ist, also die inzwischen verschlechterte Sache oder gar nichts. Mit anderen Worten, der Verkäufer trägt das periculum interitus et deteriorationis.[15]

Demgegenüber kommt eine andere Ansicht[16] zu einem anderen Ergebnis. Diese stützt sich hauptsächlich auf die Quellen und leugnet die Gleichstellung von aufschiebender und auflösender Bedingung. In den Quellen wird der auflösend bedingte Kauf bezeichnet als emptio pura, quae sub condicione resolvitur.[17] Im Gegensatz zur emptio condicionalis ist der Kauf also kein bedingter, sondern ein unbedingter, dessen Auflösung nur von einer Bedingung abhängig gemacht wird. Magis est, ut sub condicione resolvi emptio, quam sub condicione contrahi videatur.[18] Constat non esse sub condicione distractum, sed resolvi emptionem sub condicione.[19] Auch wird in den Quellen die auflösende Bedingung zum Unterschiede von der aufschiebenden oft als conventio und nicht als condicio bezeichnet.[20]

Aus alledem wird nun bei der auflösenden Bedingung gefolgert, daß nicht ein Geschäft in Frage komme, sondern zwei selbständige Geschäfte, ein unbedingtes Hauptgeschäft, und ein bedingtes Nebengeschäft. Dernburg[21] sagt: „Mittels der Resolutivbedingung wird dem Geschäfte ein Nebenvertrag eingefügt, nach welchem dasselbe für den Fall des Eintritts gewisser Eventualitäten aufgehoben wird. Man wird daher korrekter von einer bedingten Resolutivklausel sprechen. Die Bedingung der Resolutivklausel ist eine aufschiebende. Aber sie bedingt nicht das Hauptgeschäft, sondern den Nebenvertrag, welcher in dasselbe den Keim der Vernichtung legt." Ebenso ist nach Windscheid und Czyhlarz die auflösende Bedingung

15) Brinz-Lotmar, IV, S. 178.
16) Vertreten von Dernburg, § 95, Anm. 11; Vangerow, § 635, Anm. 2, 13, 2 a.
17) l 2 D 18, 2. d. i. d. add
18) l 1 D 18, 3. de lege comm.
19) l 3 D 18, 1. de contr. emptione.
20) l 2 D 41, 4. pro emptore.
21) Dernburg, Pandekten, § 106, 2 c.

genauer betrachtet eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung.[22] Diese Nebenwillenserklärung, und nicht die Bedingung, löse die Hauptwillenserklärung auf, die Bedingung sei für das Hauptgeschäft nur insofern von Bedeutung, als mit ihrer Erfüllung das Nebengeschäft perfekt werde und infolgedessen ihre das Hauptgeschäft auflösende Wirkung äußere. Die Bedingung sei also auch suspensiv, indem sie die Perfektion des Nebengeschäfts in der Schwebe halte.[23]

Geht nun die Kaufsache während des Schwebens der Bedingung unter, so kommt man bei der Frage der Gefahrtragung zu folgendem Ergebnis. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Suspensivbedingung könnte das suspensiv bedingte Nebengeschäft wegen Fehlens eines Objektes nicht mehr wirksam werden, und es wäre nach Vangerow[24] so, wie wenn eine schon vorher untergegangene Sache versprochen wäre (l. 8 pr. D. 18,5 d. periculo et commodo rei venditae). Der Eintritt der Resolutivbedingung wäre infolgedessen überhaupt unmöglich[25] oder könnte jedenfalls auf das unbedingte Hauptgeschäft keine Wirkungen mehr äußern. Es bliebe wie es war. Die Gefahr, die mit der Perfektion des Kaufvertrages sofort auf den Käufer übergegangen wäre, bliebe bei diesem. Dagegen würde der Verkäufer die Gefahr der Verschlechterung tragen, da diese dem Eintritt der Bedingung und damit dem Wirksamwerden der Nebenwillenserklärung nicht im Wege stände.[56]

Doch wird dieses logische Ergebnis der Nichtauflosung des Hauptgeschäftes durch Nichtwirksamwerden der Nebenwillenserklärung von allen Schriftstellern, die die Resolutivbedingung als eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung betrachten, nicht gezogen.

So sagt Windscheid, trotzdem er die Einheitlichkeit des resolutiv bedingten Kaufes leugnet, daß der Verkäufer nicht bloß die Gefahr der Verschlechterung, sondern auch des Unterganges trage, weil bei Bedingungseintritt doch der Zustand wiederhergestellt werden müsse, welcher vorhanden gewesen wäre, wenn der Kauf nie abgeschlossen wäre. Er beruft sich dabei auf l. 2 D. 18,3 de lege comm. und sagt: „Es ist als Sinn der lex commissoria nicht anzunehmen,

22) Windscheid, I, § 86, S. 388.
23) Czyhlarz, S. 27.
24) III, § 591 IV.
25) Dernburg, § 95 Anm. 11; Hoffmann, S. 84.
26) Dangerow, § 635, Anm. 2, 13, 2 a.

daß auch der Käufer sich auf dieselbe berufen dürfe; denn dürfte er es, so stünde es in seiner Gewalt, nach Untergang der Kaufsache sich das Kaufgeld durch Auflösung des Vertrages zu retten.[27] Allerdings gibt er zu, daß man wohl aus den von den Parteien gebrauchten Worten auch auf eine entgegengesetzte Meinung wird schließen dürfen[28]

Auch Czyhlarz hält eine Auflösung des Geschäfts durch Bedingungseintritt für möglich und begründet diese Ansicht mit der redhibitoria trotz Untergang der Sache.[29]

Endlich beläßt Sintenis die Gefahr der Verschlechterung und auch des Unterganges der Kaufsache beim Verkäufer,[30] weil bei Bedingungseintritt feststeht, daß er niemals aufgehört hat, Eigentümer zu sein. Sintenis läßt sich hier wohl eine Vermengung des periculum rei mit dem periculum obligationis zuschulden kommen.

II. Besondere Arten des auflösend bedingten Kaufs.

Kurz soll noch eingegangen werden auf die schon oben angeführten drei besonderen Arten des auflösend bedingten Kaufes. Der Regelung der Gefahrtragung liegen hier weniger rechtliche als vielmehr tatsächliche, in der Natur der Sache liegende Momente zugrunde.

Bei der in diem addictio soll der Kauf wieder aufgelöst werden können, wenn der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Zeit ein besseres Gebot auf die Sache erhält und es annimmt, und der benachrichtigte Käufer den Kauf unter denselben Bedingungen für sich nicht aufrechterhalten will. Aus diesem Inhalte der Bedingung geht klar hervor, daß der Käufer die Gefahr sowohl der Verschlechterung als auch des Unterganges tragen wird, da es wohl ausgeschlossen ist, daß nach Verschlechterung der Sache noch ein besseres Gebot auf sie abgegeben werden dürfte, geschweige denn überhaupt nicht mehr, wenn die Sache untergegangen ist, quoniam post interitum rei iam nec afferri potest melior condicio.[31]

Beim Kauf mit lex commissoria sollte der Kauf wieder aufgelöst sein, wenn der Verkäufer bei Nichteinhaltung der Verbindlichkeiten des Käufers aus dem Vertrage den Rücktritt erklärte. Es ist selbstverständlich, daß der Verkäufer nur in seinem Interesse von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen wird. Er wird es wohl meistens dann nicht mehr tun, wenn die Sache verschlechtert oder

27) Windscheid, § 390 Anm. 10.
28) Windscheid, § 387 Anm. 10; ebenso im Resultat Bechmann, II S. 543 ff.; gegen Windscheid bes. Hoffmann, S. 34.
29) Czyhlarz S. 42.
30) Sintenis, § 97 I 5 d.
31) 1 3 D. 18, 2, d. i. d. add.

untergegangen ist. Auch hier trägt also immer der Käufer die Gefahr. Doch ist es auch denkbar, daß ein Verkäufer die Sache trotz Verschlechterung zurückhaben will, wenn nämlich ein Käufer völlig zahlungsunfähig geworden ist. Dann wird natürlich bei Herbeiführung der auflösenden Bedingung durch den Verkäufer immer dieser die Gefahr der Verschlechternug zu tragen haben.

Beim pactum displicentiae sollte der Käufer den Kauf innerhalb einer bestimmten Zeit auflösen dürfen, wenn ihm die Sache mißfiele. Hier wird man sagen können, daß dem Käufer dieses Recht wohl noch bei Verschlechterung, nicht aber mehr bei Untergang der Sache zustehen sollte. Die Gefahr der Verschlechterung hätte also der Verkäufer, die des Unterganges der Käufer zu tragen, weil eine Mißbilligung und Prüfung nach Untergang nicht mehr gut möglich wäre.

C. Die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf im heutigen Recht.

I. Begriff und Wesen der auflösenden Bedingung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine Definition über den Begriff der Bedingung, weder über den der aufschiebenden noch den der auflösenden. Er ist daher so zugrunde zu legen, wie ihn die juristische Wissenschaft entwickelt hat. Berücksichtigt man hierbei, daß im heutigen Recht die auflösende Bedingung der aufschiebenden Bedingung überall in sachlich gleichartiger, formal paralleler Behandlung an die Seite gestellt ist (§§ 158 ff. BGB.), so wird man zu folgender Definition der Bedingung im allgemeinen kommen. Bedingung wird man die einem Rechtsgeschäfte beigefügte Beschränkung nennen, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissem Umstande abhängig gemacht wird. Doch wird dieser Umstand selbst auch Bedingung genannt.[1]

Was von der Bedingung abhängig gemacht wird, ist nicht der Bestand des Willens selbst, denn dieser ist ein innerer Vorgang im Menschen. Es kann daher ein in der Zukunft liegender äußerer Umstand nicht entscheiden, ob jetzt ein Wille bestanden hat oder nicht. Das bedingte Geschäft gründet sich zweifellos von vornherein ebenso wie das unbedingte Geschäft auf einen Willen, gleichgültig, ob die Bedingung eintritt oder nicht. Ebenso ist es unrichtig, anzunehmen, daß das bedingte Geschäft überhaupt Wirkungen nur in Verbindung mit jenem Ereignis hervorbringe und das Rechtsgeschäft in seiner Existenz vom Eintritt der Bedingung abhängig sei, da es zum Begriffe des Rechtsgeschäfts gehöre, daß die gewollte Rechtswirkung eintrete; denn schon während des Schwebens der Bedingung zeigen sich gewisse Rechtswirkungen, die sofort mit Abschluß des Geschäfts entstehen. Der bedingt Berechtigte erhält eine Anwartschaft, die ihm nicht mehr genommen werden kann, den bedingt Verpflichteten beschränkt eine Gebundenheit, der er sich nicht mehr entziehen kann. Diese schon entstandenen Wirkungen bilden die Vorstufe für die späteren, nur bei Bedingungseintritt eintretenden Hauptwirkungen. Auch sie müssen deshalb gewollt sein, wenn anders die bedingten

---

1) Enneccerus, Rechtsgeschäft usw. S. 186.

Hauptwirkungen entstehen sollen. Man kommt daher zu dem Ergebnis, daß lediglich die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von der Bedingung abhängig gemacht werden. Dies ergibt auch der Wortlaut des § 158 BGB.:

„. . . . so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein.“

Da die Bedingung die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beeinträchtigt, erhält dieses durch die Beifügung der Bedingung einen besonderen, vom unbedingten Rechtsgeschäft verschiedenen Inhalt. Der Inhaltsunterschied ist nicht ein quantitativer, sondern ein qualitativer.[2] Der bedingte Wille ist ein besonders geeigenschafteter des unbedingten Willens, nicht aber eine besondere Nebenabrede des Rechtsgeschäfts als solchem. Es liegt ein einheitlicher Gesamtwille vor. Die bedingte Willenserklärung ist nicht zerlegbar in eine Hauptwillenserklärung und eine Bedingung.

Ist dieses Ergebnis für die aufschiebende Bedingung allgemein anerkannt, so muß dasselbe natürlich auch für die auflösende gelten. Dies ist unstreitig auch der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dafür spricht einmal die gleiche Behandlung der auflösenden wie der aufschiebenden Bedingung im § 158 BGB., wie auch der Wortlaut des § 158 BGB.:

„Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen . . . “

Auch die Protokolle betrachteten die auflösende Bedingung der aufschiebenden gleichartig, und zwar ergebe sich dies aus dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäfts, bei dem die Bedingung mit dem Rechtsgeschäft untrennbar verbunden sei.[3]

Demnach ist es falsch, wenn auch heute noch, gestützt auf die herrschende Anschauung des gemeinen Rechts, das Wesen der auflösenden Bedingung in einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichteten suspensiv bedingten Nebenwillenserklärung gefunden wird. Vielmehr bildet die auflösende Bedingung einen wesentlichen und untrennbaren Bestandteil des Gesamtinhalts der Willenserklärung.[4]

Hat der § 158 BGB. den gemeinrechtlichen Streit über das Wesen der auflösenden Bedingung somit zu Gunsten der Einheits-

2) Ennecerus, Rechtsgeschäft usw. S. 185.
3) Prot. I, S. 185.
4) Mot. I, S. 251; Staudinger Vorbem. 3 zu § 158. Andererseits kann natürlich nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit auch ein unbedingtes Hauptgeschäft und ein suspensiv bedingtes Nebengeschäft mit der Wirkung der Auflösung des Hauptgeschäfts von den Parteien gewollt sein.

theorie entschieden, so hat er ebenfalls der gemeinrechtlichen Unterscheidung zwischen dem sogen. ungewissen Endtermin und der wahren auflösenden Bedingung ein Ende bereitet. Um einen ungewissen Endtermin sollte es sich immer handeln, wenn nach der Absicht der Parteien bei Eintreten der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts nur endigen, z. B. der bestellte Nießbrauch erlöschen sollte, dagegen um eine wahre Resolutivbedingung, wenn die Rechtswirkung als niemals vorhanden gewesen gelten sollte, z. B. der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden sollte.

Das BGB. hat in weitgehendem Streben nach Gleichheit und Vereinfachung beide Arten zu einer zusammengefaßt und im § 158 Abs. 2 ausgesprochen, daß bei Eintreten der Resolutivbedingung die Wirkung des Rechtsgeschäft endigen, und mit diesem Zeitpunkt der frühere Zustand wieder eintreten sollte. Es versagt somit der auflösenden Bedingung die sogen. dingliche Rückwirkung und gibt ihr nur eine Wirkung ex nunc. Rückwirkende Kraft wird als beabsichtigt nur angenommen, wenn der Geschäftsinhalt es ergibt, und dann wirkt diese Vereinbarung nur obligatorisch. Denn § 159 BGB. lautet:

> „Sollen nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären."

Mit Eintritt der auflösenden Bedingung endigen die Wirkungen

II. Die Wirkungen der auflösenden Bedingung.

des Rechtsgeschäfts ipso iure. Der frühere Rechtszustand tritt mit diesem Zeitpunkte wieder ein. Soweit es sich also um dingliche Rechte handelt, fallen sie ipso iure an den bedingt Berechtigten zurück. Dieser kann also, falls Eigentum bedingt übertragen war, mit Eintritt der Bedingung die übereignete Sache mit der rei vindicatio herausverlangen. Sein Anwartschaftsrecht, das er während des Schwebens der Bedingung hatte, verwandelt sich mit Eintritt der Bedingung ipso iure in das Vollrecht, das Eigentum.

Anders jedoch bei obligationsbegründenden[5] Geschäften, d. h. bei Geschäften, die ein noch nicht bestehendes obligatorisches Recht schaffen. Die Forderung ist an eine bestimmte Person, den Gläubiger, gebunden. Die Herstellung des früheren Zustandes heißt dann

5) Zitelmann, S. 126.

hier: Das obligatorische Recht muß bei Bedingungseintritt naturgemäß endigen. War auf Grund der Forderung schon geleistet, so besteht nicht etwa ein Rückforderungsrecht auf Grund des ursprünglichen Rechtsgeschäfts, sondern es kann jetzt nur deshalb zurückgefordert werden, weil der Gläubiger nach dem Erlöschen seiner Forderung die Leistung ohne Grund hinter sich hat.

Bis zum Eintritt der Bedingung ist der auflösend bedingte Kauf voll wirksam. Es treten alle Wirkungen, wie beim unbedingten Kauf, ein. Mit Abschluß des Kaufvertrages entstehen die beiderseitigen Verpflichtungen des Verkäufers und Käufers nach § 433 BGB. Erfüllt der Verkäufer seine Verpflichtung zur Uebergabe und Eigentumsverschaffung, so wird der Käufer sofort Eigentümer der Sache und trägt nach § 446 BGB. von der Uebergabe an die Gefahr der zufälligen Verschlechterung und des Unterganges. Dabei bleibt es natürlich, wenn die Bedingung ausfällt. Der Bestand des Kaufs steht nun definitiv fest, ebenso wie alle an sein Bestehen geknüpften Wirkungen. Tritt dagegen die Bedingung ein, so äußert der Kaufvertrag keine Wirkungen mehr. Es tritt vielmehr der frühere Rechtszustand wieder ein. Dieser kann natürlich nur eintreten, soweit es noch möglich ist.

III. Die Gefahrtragung beim auflösend bedingten Kauf.

Ist die Kaufsache in der Schwebezeit untergegangen, dann erhebt sich natürlich die Frage, wem dieser eingetretene Schaden zuzurechnen ist.

Die Frage wird nun folgendermaßen gestellt werden können:

Inwieweit ist der Umstand, daß die Kaufsache bei Eintritt der Bedingung nicht mehr vorhanden oder nur verschlechtert vorhanden ist, von Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Kaufvertrages und damit auf die Verpflichtungen aus diesem, bleibt der Käufer also trotz Unterganges oder Verschlechterung der Kaufsache zur vollen Zahlung verbunden? [6]

Mit anderen Worten, trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung? [7]

6) Kluckhohn, a. a. O. S. 129/130.

7) Die Frage erhebt sich natürlich nur insoweit, als der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag darüber keine Auskunft gibt; denn bei obligatorischen Rechtsgeschäften handelt es sich niemals um ius cogens, sondern nur um ius dispositivum.

Es kann in dem Kaufvertrage — sowohl beim bedingten als auch beim unbedingten — natürlich eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung getroffen sein. (Planck, § 446 Anm. 1; Endemann, § 159 a Ziff. 4; Oertmann, § 446, Anm. 5 c und a). Diese abweichende Regelung wird sich nicht nur aus ausdrücklicher Erklärung herleiten lassen, sondern die gesamten Verhältnisse bei Kaufabschluß müssen zur Beurteilung der Frage herangezogen werden. ob die Absicht der Parteien nicht darauf ging, für den Fall des Unterganges oder der Verschlechterung der Kaufsache die Gefahrtragung eindeutig zu regeln. Von Wichtigkeit dürfte es z. B. sein, in wessen Interesse die auflösende Bedingung gesetzt ist.

Wenn auch die Möglichkeit der Frage nach einer Gefahrtragung im technischen Sinne bei Eintritt der auflösenden Bedingung von gewissen Schriftstellern[8] geleugnet wird,[9] so wird es sich doch empfehlen, um sich mit den verschiedensten Meinungen besser auseinanderzusetzen, die herrschende Terminologie beizubehalten.

Daraus, daß die Wirkungen, des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts genau wie beim unbedingten sofort eintreten, folgern manche Schriftsteller,[10] daß auch die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung sofort mit der Uebergabe auf den Käufer übergehe. Der Anwendung von § 446 Abs. 1 BGB. stehe nichts im Wege.

Ohne Zweifel stimmt dies, wenn die auflösende Bedingung ausfällt, die Wirkungen des Rechtsgeschäfts jetzt unbeschränkt fortdauern. Daß der Eintritt der auflösenden Bedingung hier eine andere Gefahrverteilung bewirken könnte, darauf wird zum Teil von ihnen gar nicht eingegangen oder glatt geleugnet. So behauptet Endemann,[11] daß es bei dem ursprünglichen Gefahrübertragung nach § 446 auf den Käufer auch dann bleibt, wenn nachträglich die auflösende Bedingung eintritt.

Andere Schriftsteller[12] begründen den Gefahrübergang wenigstens bei Untergang der Kaufsache auf den Käufer damit, daß ein Wirksamwerden der auflösenden Bedingung nicht mehr möglich sein könne, wenn ein essentiale negotii, nicht mehr vorhanden sei.

Diese Entscheidung wäre zweifelsfrei richtig, wenn die auflösende Bedingung heute noch als eine aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung zu betrachten wäre, die auf Aufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtet sei. Denn bei einem suspensiv bedingten selbständigen Geschäfte ist, wofür insbesondere der § 308 BGB. spricht, das Erfordernis der Existenz des Gegenstandes nach dem Augenblicke des Bedingungseintrittes zu behandeln, da der Geschäftsgegenstand erst in diesem Augenblicke von Bedeutung wird.[13]

Wegen des Irrtums dieser Anschauung über das Wesen der Resolutivbedingung wird auf die obigen Ausführungen verwiesen, nach denen die auflösende Bedingung einen untrennbaren Bestandteil der Hauptwillenserklärung bedeutet und nicht in eine unbedingte Haupt=

---

8) Stern, S. 39 ff.; Düringer=Hachenburg, S. 88.
9) Ob mit Recht, darüber weiter unten S. 46 Anm. 4.
10) Goldmann=Lilienthal, § 131, 8, S. 483; Emerich, S. 45; Cosack, § 183 I 5; Staub, Exkurs zu § 382, Anm. 23.
11) Endemann, § 157 a, Anm. 10.
12) Staudinger, § 446 I, 3 b; Kuhlenbeck, § 446 BGB.
13) Staudinger, § 158 Anm. b.

willenserklärung und eine suspensiv bedingte Nebenwillenserklärung zerlegt werden kann.

Es kann sich also nicht mehr darum handeln, daß eine aufschiebend bedingte Willenserklärung bei Fehlen eines essentiale negotii nicht mehr wirksam werden könne, sondern nur noch darum, ob auch die Auflösung eines Rechtsgeschäfts nach Untergang des Geschäftsgegenstandes nicht mehr möglich sei, wie das Wirksamwerden eines Rechtsgeschäfts nach Untergang der Sache (§ 306 BGB.).

In einzelnen Vorschriften bejaht das BGB. ohne Zweifel die Möglichkeit einer Auflösung. Nach § 350 BGB. wird der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, den der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Das Gleiche bestimmen für das gesetzliche Rücktrittsrecht der § 327 BGB. und für die Wandlung beim Kauf- und Werkvertrag die §§ 467, 634 BGB.[14]

Ist nun schon beim Rücktritt trotz Unterganges der Sache eine Rückgängigmachung des Vertrages möglich, so ist nicht einzusehen, warum dies bei der auflösenden Bedingung nicht der Fall sein sollte, die doch den Bestand eines Vertrages viel stärker beeinflußt als der Rücktritt.[15]

Es kann somit nicht zweifelhaft sein, daß eine auflösende Bedingung auch nach Untergang der Sache noch imstande ist, die Wirkungen eines obligatorischen Kaufvertrages wieder zu beseitigen.

Dafür glaubt Stern[16] auch noch eine besondere Begründung zu haben. Ist der Gegenstand untergegangen, so kommt dies dem Bestreben der Bedingung entgegen. War der Gegenstand noch nicht übergeben, jedoch die Gefahr im Falle des Nichteintritts der Bedingung übergegangen, so braucht die Bedingung das Erlöschen der Verpflichtung zur Leistung des Gegenstandes nicht mehr bewirken, es ist dann schon durch den Untergang geschehen. Ebenso ist es mit der Verpflichtung des Käufers zur Rückerstattung, wenn der Gegenstand schon übergeben war. Die Möglichkeit der Einwirkung der Bedingung auf die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung oder des Verkäufers zur Rückerstattung kann dadurch, daß die Bedingung auf die wegen des Kaufobjecktes bestehenden Verpflichtungen nicht mehr zu wirken braucht, nicht berührt werden. Denn anders wie beim aufschiebend bedingten Kauf kommt der Untergang dem Bestreben der Bedingung entgegen."

Jedenfalls werden also nach zufälligem Untergang der Kaufsache die Wirkungen des Kaufvertrages durch den Eintritt der auflösenden

14) Stern, S. 98.
15) Oertmann, § 446 6 b.
16) Stern, S. 99 ff.

Bedingung wieder beseitigt. Nach § 158 Abs. 2 tritt also der der Uebergabe zugrundeliegende Kaufvertrag außer Wirksamkeit, und damit erlöschen auch die nach § 433 BGB. entstandenen Verpflichtungen. Der Käufer wird also von der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung frei.

Dem steht auch nicht entgegen, daß der Bedingungseintritt erst ex nunc wirkt, daß etwa schon entstandene Ansprüche aus dem Kaufvertrage vom Bedingungseintritt unberührt bleiben sollten, wie Muskat annimmt.[17] Hiermit verkennt er eben die Wirkungen des Bedingungseintritts, daß Ansprüche aus dem Kaufvertrage nach seinem Eintritt nicht mehr geltend gemacht werden können.

Ebenso ist der schon gezahlte Kaufpreis vom Verkäufer an den Käufer zurückzuerstatten.

Mit Unrecht meint Muskat,[18] daß das Verhältnis der beiderseitigen Leistungen bei Bedingungseintritt, also der entstehenden Rückgabeverpflichtungen, so zu beurteilen wäre, wie wenn sich die Parteien mit dem Kaufabschluß selbst verpflichtet hätten, einander die auf Grund desselben gemachten Leistungen zurückzugewähren. Er kommt also zur Annahme eines gleichzeitig mit Kaufabschluß stillschweigend getätigten Wiederherstellungsvertrages.

Derselben Meinung ist auch Crome,[19] wenn er behauptet, bei Eintritt der auflösenden Bedingung entständen gegenseitige Verpflichtungen zur Rückgängigmachung des Kaufvertrages. Dem Verkäufer müßte deshalb gegenüber der Klage des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises der Einwand aus § 323 BGB. zugebilligt werden, so daß er also, wenn er nichts oder nur eine verschlechterte Sache, zurückerhalte, den Kaufpreis ganz oder teilweise behalten dürfte.

Vielmehr liegt die Sache beim Bedingungseintritt doch so, daß der frühere Zustand wieder eintritt, ohne daß der zugrundeliegende Kaufvertrag noch Wirkungen äußern kann. Es entstehen nur die beiderseits einseitigen Verpflichtungen der Parteien, die vorgenommene Vermögensverschiebung wieder auszugleichen. § 323 BGB. kann hier nicht zur Anwendung gelangen, weil die infolge des Eintritts der auflösenden Bedingung entstehenden Ansprüche auf Ausgleichung sich gar nicht gegenseitig bedingen.[20] Sie sind lediglich eine Folge der zersetzenden Wirkung der Bedingung.[21] Sie sind nicht gegenseitige,

---

17) Muskat, Gruch. 48, S. 214/15.
18) Muskat, a. a. O. 214/15.
19) Crome I, § 100.
20) Titze, S. 259.
21) Stern, S. 97; Endemann, § 159 a Anm. 24.

nicht in ihrem Bestande voneinander abhängig, sondern nur in ihrer Geltendmachung, wie Stern richtig nach Analogie von § 348 BGB. folgert. Auch die Protokolle[22] bestätigen einwandfrei, daß diese entstehende Erfüllungspflicht Zug um Zug nichts mit den Vorschriften der §§ 323 ff. BGB. zu tun habe.[23]

Die beiderseitigen Ansprüche des Käufers und des Verkäufers bei Bedingungseintritt beruhen nur auf der ungerechtfertigten Bereicherung bezw. auf dem Eigentum.

War die zum Zwecke der Erfüllung des auflösend bedingten Kaufvertrages erfolgte Eigentumsübertragung gleichfalls unter auflösender Bedingung vorgenommen worden, so wird der Verkäufer infolge der dinglichen Wirkung der auflösenden Bedingung ipso iure wieder Eigentümer und kann die Sache vom Käufer als Besitzer vindizieren. (§ 985 BGB.).[24] Ist die Sache nur noch verschlechtert vorhanden, so kann er sie natürlich nur noch verschlechtert zurückerhalten und gar nicht mehr, falls sie untergegangen ist. Der Herausgabeanspruch ist mit der, die zunächst vollwirksame Uebereignung herbeiführenden Uebergabe begründet worden, aber suspensiv bedingt durch den Eintritt der auflösenden Bedingung. Auf ihn müssen also, da er sich ja auch gegen eine bestimmte Person richtet, analog die Grundsätze des Folgerungsrechts Anwendung finden.[25] Wenn daher auf Seiten des Schuldners eine nicht zu vertretende Unmöglichkeit eintritt, so wird er gemäß § 275 von seiner Verpflichtung ganz oder teilweise befreit.

Weitergehende, anstelle des Eigentumsanspruches tretende Schadenersatzansprüche stehen dem Verkäufer nicht zu, da die Voraussetzungen für ihre Zubilligung, Rechtshängigkeit (§ 989) oder böser Glaube vom Zeitpunkt des Besitzerwerbes (§§ 990, 992) nicht vorliegen. Der Käufer haftet also bei Bedingungseintritt weder für Untergang noch für Verschlechterung der Kaufsache, vielmehr trägt ihre Gefahr der Verkäufer.

War die Eigentumsübertragung unbedingt erfolgt, so bleibt natürlich bei Eintritt der auflösenden Bedingung der Käufer Eigentümer der übergebenen Sache. Der Verkäufer hat aber den Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung. Der rechtliche Grund,

22) Prot. I, S. 793.

23) Die Unanwendbarkeit von § 323 bedingt gleichzeitig auch die Unanwendbarkeit von den diesen Paragraphen voraussetzenden §§ 446, 447 BGB. Es kann sich also eigentlich nicht um die Frage der Gefahrtragung im technischen Sinne handeln, da durch den Eintritt der auflösenden Bedingung das gegenseitige Verhältnis der Ansprüche aufgelöst ist; so Stern, S. 39 ff.; Düringer-Hachenburg, S. 88.

24) Bei Grundstücken ist jedoch eine bedingte Eigentumsübertragung wegen § 929 BGB. unmöglich.

25) Enneccerus-Kipp-Wolff, § 204, II, 4.

auf dem die gemachte Leistung, die Eigentumsübertragung beruhte, der obligatorische Kaufvertrag, ist weggefallen. Diesen Wegfall des rechtlichen Grundes, mag er nun kraft Gesetzes wegfallen oder deshalb, weil die Leistung von vornherein nur zu einem vorübergehenden Zweck bewirkt worden ist, stellt das Gesetz der Leistung ohne rechtlichen Grund gleich. Hat aber jemand durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, so ist er ihm zur Herausgabe verpflichtet (cond. ob caus. finitam § 812 Abs. 2 und 1). Der Käufer muß dem Verkäufer also die Kaufsache herausgeben, um die er bereichert ist. Aber nur soweit ist er zur Herausgabe verpflichtet, als er noch bereichert ist. Ist sie in der Zwischenzeit durch Zufall verschlechtert, dann ist der Käufer nur noch um die verschlechterte Sache bereichert. Ist sie untergegangen, dann liegt eine Bereicherung nicht mehr vor... Mithin würde nach § 818 Abs. 3 auch seine Verpflichtung zur Herausgabe ausgeschlossen sein. Doch tritt unter Umständen eine strengere Haftung des Bereicherten ein. § 820 BGB. bestimmt:

„War mit der Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, so ist der Empfänger, falls der Erfolg nicht eintritt, zur Herausgabe so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Das Gleiche gilt, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde, dessen Wegfall nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, erfolgt ist und der Rechtsgrund wegfällt"

Die strengere Haftung des Empfängers nach § 820 Abs. 1 Satz 2 liegt darin begründet, daß dieser vom Zeitpunkt des Empfanges an mit der Möglichkeit rechnen mußte, später zur Rückgabe verpflichtet zu sein.

Voraussetzung für die Anwendung von § 820 Abs. 1 Satz 2 ist:

1. Es muß der Rechtsgrund weggefallen sein.

Ohne Zweifel ist die causa der Leistung durch den Eintritt der auflösenden Bedingung weggefallen.

2. Der Wegfall des Rechtsgrundes muß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen werden.

Es genügt also nicht nur objektive Ungewißheit, des Wegfalls,[26] sondern subjektive Unsicherheit der Parteien ist erforderlich, die sich aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts selber ergeben muß.[27]

26) Staudinger, § 820, I.
27) RGRKomm. § 820, I.

Daß nun Verkäufer wie Käufer den Wegfall des Kaufvertrages als möglich angesehen haben, ist klar. Ebenso, daß die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung den Inhalt eines Rechtsgeschäfts wesentlich beeinflußt. Demnach steht der Anwendung von § 820 Abs. 1 Satz 2 nichts im Wege. So im Ergebnis Fischer-Henle,[28] Planck[29] und Achilles-Greiff.[30]

Der Käufer haftet also gemäß § 820 in Verbindung mit § 818 Abs. 4 nach allgemeinen Vorschriften, und zwar so, als ob der Anspruch des Verkäufers schon rechtshängig wäre. Da die Verpflichtung des Käufers eigentlich in der Herausgabe einer Sache besteht, kommt § 292 BGB. zur Anwendung.. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Unterganges oder Verschlechterung der Sache bestimmt sich danach nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs gelten. Es kommt also § 989 BGB. in Betracht. Doch läßt dieser eine Schadensersatzpflicht nur bei Verschulden des Besitzers eintreten. Demnach kann bei unverschuldetem Untergange oder unverschuldeter Verschlechterung ein Schadensersatzanspruch nicht geltend gemacht werden.

Der Verkäufer trägt also auch hier die Gefahr des Unterganges der Kaufsache, weil er nichts vom Käufer erlangen kann, und die Gefahr der Verschlechterung, weil er nur die verschlechterte Sache herausverlangen kann. Denn er hat seinen ursprünglichen Bereicherungsanspruch ganz oder zum Teil wegen der Befreiung des Schuldners gemäß § 275 BGB. eingebüßt.

Für die Richtigkeit der hier für die Gefahrtragung gezogenen Schlüsse spricht auch das Vorhandensein des § 160 BGB., § 160 BGB. befaßt sich mit den Rechten und Pflichten der Beteiligten während des sogen. Schwebezustandes der Bedingung. Der Erwerber einer Sache erlangt zwar schon mit der Uebergabe derselben das Eigentum an ihr, jedoch ist dieses Eigentum, wenn auch nicht inhaltlich, sodoch zeitlich beschränkt durch den Eintritt der auflösenden Bedingung. Denn durch ihre Beifügung erwirbt der frühere Eigentümer gleichzeitig mit Abschluß des Rechtsgeschäfts die begründete Aussicht (Anwartschaftsrecht), das Eigentum an der übereigneten Sache wieder zu erwerben. Es entsteht somit für den, der das Eigentum bedingt erworben hat, eine Gebundenheit, die sich darin äußert, daß er sich während der Schwebezeit jeder Einwirkung zu enthalten hat,

---

28) Fischer-Henle, § 820, 5.
29) § 820, 2.
30) § 820, 4.

durch welche die Verwirklichung des von der Bedingung abhängigen Rechts vereitelt oder beeinträchtigt werden könnte.[31] Beeinträchtigt werden kann das von der Bedingung abhängige Recht sowohl durch rechtliche als auch durch tatsächliche Einwirkungen, wie Zerstörung, Beschädigung oder sonstige Wertminderung der bedingt geschuldeten Sache. Sind diese Einwirkungen auf ein Verhalten des bedingt Verpflichteten zurückzuführen, so macht er sich dem anderen Teile gegenüber schadensersatzpflichtig. Aber nur dann, wenn er sie schuldhaft herbeigeführt hat. Wenn die Einwirkungen auf anderen zufälligen Ereignissen beruhen, dann besteht keine Schadensersatzpflicht für den bedingt Verpflichteten, dann muß der bedingt Berechtigte den Schaden selber tragen. Das bedeutet also beim auflösend bedingten Kauf, daß der Käufer nur für verschuldeten Untergang und verschuldete Verschlechterung einzutreten hat, niemals aber für zufälligen Untergang und zufällige Verschlechterung. Die ratio legis des § 160 BGB. spricht also auch dafür, daß die Gefahr zufälligen Untergangs und zufälliger Verschlechterung der Verkäufer selbst zu tragen hat.

Zinsen, die der Verkäufer seit Zahlung des Kaufpreises aus diesem gezogen hat, braucht er dem Käufer nicht zu ersetzen, da die Bedingung ja nicht zurückwirkt, ebenso wie der Käufer etwa gezogene Nutzungen aus der Sache nicht zurückzugewähren braucht. Die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung bezüglich der Nutzungen finden keine Anwendung, da dieserhalb eine Bereicherung ohne rechtlichen Grund nicht in Frage kommt. Denn von der Uebergabe an stehen nach § 446 Abs. 1 Satz 2 Abs. 2 Nutzungen dem Käufer zu, auch beim auflösend bedingten Kauf bis zum Bedingungseintritt, da die Bedingung ja nicht zurückwirkt.,

III. Besondere Fälle des auflösend bedingten Kaufs.

a. Vereinbarung der Rückwirkung der auflösenden Bedingung.

Nach § 159 BGB. können die Parteien auch vereinbart haben, daß die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden sollen, sei es etwa auf den des Kaufabschlusses oder den der Uebergabe der verkauften Sache. Dann sind die Parteien verpflichtet, aber nur obligatorisch, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären. Hiernach gelten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts als zu dem früheren Zeitpunkt beendet, und gleichzeitig gelten die Rückgabeansprüche als zu dem früheren Zeitpunkte ent-

31) Planck, § 160, I.

standen. Diese Rückgabeverpflichtungen beruhen natürlich ebenfalls auf der ungerechtfertigten Bereicherung, sind also völlig voneinander unabhängige Leistungen. Der Verkäufer müßte also den Kaufpreis herausgeben, hier mit Zinsen von dem früheren Zeitpunkte der Rückwirkung der auflösenden Bedingung, der Käufer die Sache, hier mit Nutzungen von dem früheren Zeitpunkte an aus dem gleichen Grunde. Soweit der Käufer die Sache wegen zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung nicht herausgeben kann, wird er natürlich nach § 275 BGB. von der Leistung frei. Das Ergebnis bleibt also das gleiche.

Es heißt zwar im § 159 BGB., daß die Parteien verpflichtet sind, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen der auflösenden Bedingung in dem früheren Zeitpunkte eingetreten wären. Behauptet nun der Verkäufer, daß er dann die Kaufsache noch hätte, und verlangte er so gestellt zu werden, wie wenn der Kaufvertrag zu dem früheren Zeitpunkt außer Kraft getreten wäre, dann müßte er beweisen, daß er den Kaufgegenstand jetzt wirklich noch besäße, daß also das schädigende Ereignis bei ihm die Kaufsache nicht betroffen hätte. Dieser Beweis ist natürlich mit Sicherheit vom Verkäufer nicht zu führen. Man müßte dann zwischen bestimmten Gefahren unterscheiden, je nachdem ob das schädigende Ereignis beim Käufer oder Verkäufer eingetreten wäre. Diese Unterscheidung ist mit Recht von der Kommission für die 2. Lesung abgelehnt worden,[1] allerdings nicht bei der auflösender Bedingung, sondern beim Rücktritt, was aber natürlich auch für diese analog zu gelten hat. Denn beide wollen nach Möglichkeit die Wirkung des Vertrages beseitigen. Wenn nun der Rücktritt trotz zufälligen Untergangs der Sache nicht ausgeschlossen ist und somit offenbar der angerichtete Schaden deshalb vom Verkäufer getragen werden muß, so ist nicht einzusehen, warum es bei der auflösenden Bedingung anders der Fall sein sollte. Es bleibt also dabei, daß auch im Falle des § 159 der Verkäufer die Gefahr der zufälligen Verschlechterung zu tragen hat.[2]

b. Kauf auf Probe unter auflösender Bedingung.

Der Kauf auf Probe wird zwar in der Regel unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen sein (§ 495 BGB.). Doch besteht natürlich die Möglichkeit, daß die Parteien dem Kaufvertrage sofortige Wirksamkeit haben verleihen wollen, beschränkt jedoch durch die auflösende Bedingung der Mißbilligung der Kaufsache durch den Käufer.

1) Prot. I, S. 793.
2) A. A. Planck, § 446, 2 c.

Ergibt sich hier eine andere Lösung für die Gefahrtragung, wenn die Kaufsache vor Erklärung der Mißbilligung untergegangen ist?

Eine Entscheidung nach der einen oder der anderen Seite hin wird davon abhängen, ob eine Mißbilligungserklärung auch nach Untergang oder Verschlechterung der Sache noch möglich ist. Das Gesetz bestimmt nichts über diese Frage. Doch wird sie ähnlich zu beantworten sein wie beim Rücktrittsrecht, wo es ja auch in das Belieben einer Partei gestellt ist, den Vertrag wieder aufzulösen. Aus welchem Grunde die Erklärung des Rücktritts erfolgt, ist gleichgültig, möglich ist sie auch aus dem Grunde der Mißbilligung der Kaufsache durch den Käufer. Denn nach § 350 BGB. ist der Rücktritt trotz Untergangs oder Verschlechterung der Kaufsache noch möglich. Analog wird man dies natürlich auch bei der auflösenden Bedingung annehmen dürfen, da Kauf auf Probe und Rücktrittsvorbehalt wirtschaftlich gleich zu bewerten sind.[3] „Demnach ist der Eintritt der auflösenden Bedingung auch hier noch als möglich anzusehen,[4] und es ergeben sich auch dieselben Folgerungen für die Gefahrtragung,[5] wie sie bereits oben gezogen sind.

---

3) Prot. I, S. 793.
4) Dagegen Stern, S. 101.
5) Staudinger beläßt auch hier die Gefahr beim Käufer, wenn nicht etwa Rückwirkung vereinbart ist, was in der Regel allerdings der Fall sein wird. (Muskat, a. a. O. S. 214.)

Lebenslauf.

Geboren am 8. 9. 1902 zu Gellendorf, Kreis Trebnitz in Schlesien, besuchte ich nacheinander die dortige Volksschule, die Städt. Mittelschule in Trachenberg, das Staatl. Gymnasium zu Rawitsch (Posen) und das König-Wilhelm-Gymnasium zu Breslau. Nach Ablegung der Reifeprüfung studierte ich vom S.S. 1921 ab die Rechte an der schles. Friedr.-Wilh.-Universität Breslau. Die juristische Staatsprüfung bestand ich im November 1926. Seit Januar 1927 bin ich als Referendar im preußischen Justizdienst beim Amts- und Landgericht Breslau tätig.